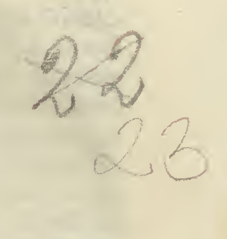








*Ne scribam vanum, duc pia Virgo manum.*

# POR
# D. PABLO ANTONIO
## DE PESTANA Y MONTIEL:

*EN EL PLEYTO*

CON DON ANTONIO DE LA PEÑA y Matos, como marido, y conjunta persona de Doña Maria Yañez Pimienta, vezinos de la Isla de Tenerife, vna de las de Canaria;

*SOBRE*

LA SVCESSION DE LOS DOS VINCVLOS, y Patronatos, que fundaron el Licenciado Don Fernando Montiel, Presbytero, y Doña Victoria Montiel su hermana, difuntos, vezinos que fueron de la dicha Isla.

1. A Consejan los Emperadores Diocleciano, y Maximiano *en la l. vt responsum. 15. Cod. de trans.* que para darse á entender la question de derecho, es necessario que se figure el caso del hecho, ibi: *Vt responsum congruum accipere possis, insere pacti exemplum.* Y siguiendo este dictamen, se pondrá la especie de este pleyto sucintamente, entretexiendo en los discursos de derecho las circunstancias de hecho, que en ella faltaren.

2. Doña Victoria de Montiel, en seis de Julio de 1670. años otorgò poder ante vn Escrivano Publico de la Isla de Tenerife, con tres testigos, al dicho Licenciado Don Fernando de Montiel su hermano, para que en su nombre, y representando su persona propria, pudiesse disponer de los bienes de la susodicha, y testar de ellos por la otorgante, assi por testamento, donacion, ó en otra qualquier manera; con calidad de que los dichos bienes, y los del dicho su hermano avian de ser vinculados, y andar juntos, y no en otra manera. Y que en dicho testamento, que assi hiziesse por la otorgante, donacion, ò otro genero de instrumento, pusiesse dicho su hermano todas las clausulas, condiciones, gravamenes, y firmezas, que le pareciesse para validacion de los tales instrumentos, y que pusiesse todas las memorias, y Capellanias, que le tenia comunicado; y que para despues de la vida de la susodicha, y del dicho su hermano nombrasse el heredero, que huviesse de suceder en dichos bienes, y despues los demás, segun los llamamientos, que hiziesse dicho su hermano segun le tenia comunicado. Y se obligó a no revocar este poder, ni lo que en su virtud se hiziesse, y dispusiesse por ninguna causa; y que lo que hiziesse en contrario, no valiesse, y por el mismo caso quedasse aprobado: y señala en èl su entierro, y nombra albaceas, y reserva para disponer, ò testar a su voluntad 500. ducados, y el vsufructo de sus bienes, durante los dias de su vida, y obliga su persona, y bienes a la firmeza de dicho poder.

3. La dicha Doña Victoria en ocho de Agosto del dicho

dicho año de 1670. refiriendo el dicho poder, otorgó escritura publica ante D. Fernando de Cabrera del Castillo, Escrivano Publico de la dicha Isla, con tres testigos; por el qual dize, que avia dado dicho poder a dicho su hermano para que hiziesse testamento, ó Vinculo por la susodicha, y que nombrasse por sus herederos al Capitan Salvador Navarro de la Guardia, y a Doña Catalina de Pestana y Montiel sus primos, y a Doña Marciana Montiel, hija de los susodichos: y que en caso, que dicho su hermano huviesse otorgado dicho testamento, ò hecho dicho Vinculo, no siendo a favor de los dichos nombrados, tenia la susodicha facultad para revocarlo, y disponer a su voluntad; y que vsando de la que el derecho le permite, revocaba dicho poder, que dió a dicho su hermano, para que en ninguna manera pudiesse vsar dèl, si no fuesse dexando por herederos a los dichos Capitan Salvador Navarro, su muger, è hija, en testamento, ó Vinculo, como lo tenia comunicado con el dicho su hermano; y que en caso que en virtud de dicho poder aya dicho su hermano otorgado testamento, ô Vinculo en nombre de la susodicha, no nombrando por sus herederos á los referidos, revocaba, y anulaba todo lo que en dicho testamento, ô Vinculo se huviesse dispuesto, como si no se huviesse otorgado, y hazia donacion pura, perfecta, é irrevocable inter viuos de todos sus bienes, y los que adelante tuviesse, con reserva del vsufructo dellos por los dias de su vida, y del dicho su hermano, y de 500. ducados, con que dize tendrá bastante para sus alimentos, y para poder testar con cargo de ciertas Missas, y otras obligaciones.

4. Llama en primer lugar en esta escritura de donacion al dicho Capitan Salvador Navarro, y Doña Catalina Pestana su muger, y a Doña Marciana Montiel hija de los susodichos, y a sus descendientes. Y en segundo lugar llama a sus primos los Pestanas, y sus descendientes; y a falta de ellos llama en tercero lugar a sus primos los Pimientas, y a sus herederos: y haze otros llamamientos, y pone la clausula de constituto, y en señal de possession entregò dicho instrumento original á los dichos Capitan Salvador

vador Navarro, y Doña Catalina Peſtana ſu muger, de que dà fé el Eſcrivano, y los ſuſodichos aceptaron dicha donacion, y le rindieron las gracias, y prohibe la enagenacion de los bienes de dicha donacion, y ſe obliga a no revocarla.

5. En tres de Noviembre de 1683. años ante la juſticia del lugar de Ycod de la dicha Isla de Tenerife, aviendo precedido informacion de quatro teſtigos, ſe abrió el teſtamento cerrado, que eſtava ſubſcripto, y otorgado por defuera ante Don Carlos de Montiano, Eſcrivano Publico de dicha Isla, y el dicho otorgamiento es como ſe ſigue.

6. *En el lugar de Ycod, Isla de Tenerife, en nueve dias del mes de Diziembre de 1670. años, ante mi el Eſcrivano Publico, y teſtigos parecieron el Licenciado Don Fernando de Montiel, Presbytero, y Doña Victoria de Montiel, hermanos legitimos, vezinos deſte lugar, que doy fé conozco, que eſtán enfermos del cuerpo, y ſanos de la voluntad del alma, y creyendo en el Miſterio de la Santiſſima Trinidad Padre, Hijo, y Eſpiritu Santo tres Perſonas, y vn ſolo Dios verdadero; y que entregaron a mi eſte papel cerrado, y ſellado con ſiete ſellos, rubricado por mi el Eſcrivano, el qual erà ſu teſtamento, y vltima voluntad; y quieren, que no ſe abra haſta el fallecimiento de ambos a dos, y ſe dexan por vſufructuarios de ſus bienes el vno al otro, y quieren ſer enterrados en el Convento de San Aguſtin deſte lugar, en ſu Capilla de nueſtra Señora de la Soledad; y en quanto a ſu entierro, dexan vna memoria firmada de ſus nombres al preſente Eſcrivano para lo que ſe hà de hazer en ſu funeral; y dexan por ſus albaceas el vno al otro, y al Reverendo Padre Prior de dicho Convento de San Aguſtin deſte lugar, y al Capitan Don Valentin de Medrano: y revocan otros qualeſquier teſtamentos, mandas, y codicilos, que antes deſte ayan hecho de palabra, ò por eſcrito, que no quieren que valgan, ſalvo eſte teſtamento cerrado, que es ſu vltima voluntad; y los otorgantes, que yo el Eſcrivano doy fè conozco, lo firmaron.*

7. Y el dicho otorgamiento eſtâ firmado de los dichos Don Fernando, y Doña Victoria de Montiel, y de ſiete teſtigos; y de Don Carlos de Montiano, Eſcrivano Publico.

8. Lo que contiene dicho teſtamento por de dentro es, que entra diziendo en él,dicho Don Fernando, que ordena ſu teſtamento, y vltima voluntad, y diſpoſicion de ſus bienes por ſi, y en nombre de Doña Victoria Montiel ſu hermana legitima,en virtud del poder, que para eſte efecto le tenia dado ante Don Carlos de Montiano, Eſcrivano de dicho lugar, que por teſtimonio de dicho Eſcrivano vá inſerto en el dicho teſtamento, y que en virtud dèl por ſi, y en nombre de la dicha ſu hermana lo ordenaba.

9. Eſtá inſerto a la letra el dicho poder, que es el que queda pueſto al num. 2.

10. En las mas clauſulas deſte teſtamẽto ſuenan hablar en él ambos hermanos, y fundan Vinculo de los bienes de ambos con prohibicion de enagenacion, y con ciertas condiciones. Y en quanto a los llamamientos de ſuceſſores al dicho Vinculo, ay la clauſula del tenor ſiguiente.

11. *Item,yo el dicho Fernando Montiel,en virtud dèl poder de la dicha D. Victoria de Montiel mi hermana, de que he vſado,y voy vſando por mi,y la ſuſodicha en primero lugar,nombro en los bienes deſte dicho Vinculo, y Patronato de Capilla a D. Catalina de Montiel Peſtana, mi prima hermana,muger legitima del Capitan Salvador Navarro de la Guardia, y a ſus hijos legitimos de la ſuſodicha, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra: y a falta de ſuceſſor legitimo de la dicha mi prima, ſuceda en dicho Vinculo los hijos de Baltaſar Martin Pimienta mi tio, mis primos hermanos, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra ſegun el llamamiento de arriba, conforme a los Vinculos de Eſpaña: y a falta de ſuceſſion legitima de los dichos, ſuceda en dichos bienes Pedro Peſtana mi primo hermano,viuiendo, y aſſiſtiendo en eſte lugar, y no en otra manera, y caſandoſe en las Indias, no lo llamo a eſte Vinculo, ſalvo ſi ſe viniere a vivir a eſte lugar con ſu familia: y en eſta conformidad a ſus hijos legitimos ſegun los llamamientos de arriba: y a falta de ſuceſſion legitima del dicho Pedro Peſtana, ſuceda en dichos bienes Pablo Montiel Peſtana, hijo legitimo de Jorge Peſtana mi primo hermano, y ſus hijos legitimos.*

12. Y haze otros muchos llamamientos, que por no ſer del caſo deſte pleyto, no ſe refieren, y en el remaniente de

de los bienes de ambos, y en los vinculados dexa por vnica, y vniversal heredera a la dicha Doña Catalina de Montiel, y revocan otros qualesquier testamentos, mandas, y codicilos, que antes deste ayan hecho, y solo quieren que valga este por su vltima voluntad; y su Fecha es en el lugar de Ycod, de la Isla de Tenerife, en cinco de Octubre de 1670. años, y solo está firmado del dicho Fernando de Montiel.

13. Despues de averse otorgado este testamento, el dicho Don Fernando ante Salvador de Cardona Vetancur, Escrivano Publico de dicha Isla de Tenerife, hizo vna declaracion, que lo que conduce al pleyto se pondrá a la letra, y es como se sigue.

14. *En el lugar de Ycod de Tenerife, en doze dias del mes de Julio de 1675. años, ante mi el Escrivano, y testigos, que aqui vân dichos, pareció el dicho Licenciado Fernando de Montiel Presbytero, a quien doy fé conozco, y dixo, que por quanto en nueve de Septiembre del año de 1670. el otorgante, y Doña Victoria de Montiel su hermana, otorgaron testamento cerrado, y lo entregaron al presente Escrivano, cõ siete sellos, rubricados de dicho Escrivano por vn lado, y otro, con calidad, que no se abriesse hasta que ambos a dos fuessen fallecidos, que dicho testamento dentro todo está escrito de letra del muy Reverendo Padre Fray Juan de Lugo, de la Orden de Señor San Agustin, y firmado del otorgante, y de la dicha su hermana, y assimismo fuera, y lo demás segun lo dispone el derecho: y porque avrâ quatro meses, poco mas, ò menos, le han levantado testimonio al otorgante, diziendo aviâ variado en todo, ô en parte en la disposicion, que avian hecho, y la dicha su hermana, assi en los bienes, como en el nombramiento de las personas, que han de suceder en ellos segun dicho testamento: y porque en esto han agraviado al otorgante, y a otras personas de mucha suposicion, perdonando, como ante todas cosas perdona, por reverencia de Dios N. Señor, a quiẽ fue causa de semejante alboroto, y pesadumbre, declara no aver hecho otra disposicion en publico, ni en secreto en razon de sus bienes, y nombramiento de herederos; mas que la que hizo por dicho testamento en compañia de la dicha su hermana ya referido, y vn codicilo, que hizo abierto publi-*

*publicamente ante el presente Escrivano avrà quatro meses poco mas, ò menos. Y si despues de su muerte del otorgante se hallare otra disposicion, ni instrumento en razon de mudar de herederos, ni de bienes, mas de lo que vâ declarado en dicho testamento, se entienda ser falso, y en tal caso la justicia lo averigue, è intervenga en ello, castigando a quien hallare complice en semejante delito; y con todo siempre se aya de estar, y passar por el dicho testamento, y no por otro instrumento, y solo reserva hazer algun codicilo en razon de algunas cosas de su Capilla de la Soledad, Capellania.*

15. Muerta ya la dicha Doña Victoria, el dicho Don Fernando estando enfermo de la enfermedad de que murió en el lugar de Ycod, Isla de Tenerife, en siete de Diziembre de 1679. años ante Juan Machado, Escrivano Publico de dicha Isla, y con siete testigos, hizo su testamento, y las mas de las clausulas dél convienen con el que avia hecho cerrado, y haze Vinculo de sus bienes, y los de su hermana con prohibicion de enagenar, y en los nombramientos solo ay diferencia; y los que haze en este vltimo testamento, y conducen al punto de que aora se trata, son los siguientes.

16. *Nombro por primero sucessor en los bienes deste dicho Vinculo, y Patronazgo de Capilla a Doña Catalina de Montiel mi prima hermana, muger legitima del Capitan Salvador Navarro de la Guardia; y por falta de sucession legitima de la susodicha, y por su fallecimiento, nombro por sucessor en este dicho Vinculo al dicho Capitan Salvador Navarro de la Guardia mi primo, por vsufructuario, y no mas; y por fallecimiento del susodicho, nombro por sucessor en este dicho Vinculo à Juan de Miraval Pimienta mi primo hermano, hijo de Baltasar Martin Pimienta mi tio, por vsufructuario, y no mas. Y despues del fallecimiento del dicho Juan de Miraval mi primo, nombro por sucessor en este dicho Vinculo, y Patronazgo a Doña Eufrasia Machado mi sobrina, hija legitima de Christoval Machado mi primo hermano, y de Doña Maria de Flores, y a la descendencia legitima de legitimo matrimonio de la dicha Doña Eufrasia Machado mi sobrina, prefiriendo siempre el varon a la hembra, y el mayor al menor; con tal cargo,*

*gó, y condicion, que la dicha Doña Eufrasia Machado aya de casar, y case con* D. *Pablo Pestana y Montiel mi sobrino, hijo legitimo de Don Jorge Pestana Montiel, y de Ana Gregoria mis primos. Y assimismo con condicion, que el Bachiller Marcos Lorenço de Yllada, Presbytero, tio de la dicha Doña Eufrasia, aya de hazer Vinculo de sus bienes en cabeza de la dicha Doña Eufrasia, y agregarlos a este Vinculo; porque de no hazerse assi, y no guardandose estas dos condiciones expressadas, nombro desde luego en este dicho Vinculo, despues del fallecimiento del dicho Juan de Miraval, al dicho Don Pablo Pestana Montiel mi sobrino, y a su descendencia legitima de legitimo matrimonio, guardando siempre la forma del llamamiento de arriba. Y si por algun accidente (que Dios no permita) no llegare a tener efecto el dicho matrimonio, passe desde luego, como llevo dicho, al dicho Don Pablo Pestana, y su descendencia. Y si el dicho Don Pablo Pestana falleciere sin dexar sucession legitima de legitimo matrimonio, sucedan en este dicho Vinculo, y Patronazgo mis primos los Pestanas, y en primero lugar el Ayudante Gaspar Pestana Montiel; y despues dellos suceda en este dicho Vinculo el Capitan Don Antonio Gallegos Albornoz y Soto, Regidor desta Isla, mi primo; y su descendencia legitima.* Y haze otros llamamientos, que por no conducir, no se refieren.

17. En este testamento ay otra claufula, que á la letra es como se sigue.

*En el remaniente de mis bienes dexo por mi unica, y universal heredera a Doña Catalina Montiel mi prima, muger del dicho Salvador Navarro mi primo; y despues de su fallecimiento al dicho Salvador Navarro, y despues deste a los llamados en el Vinculo, que hazia de mi voluntad. Y quiero, que valga, y fue assi la voluntad de la dicha Victoria de Montiel mi hermana, y avermelo comunicado assi. Y revoco, y anulo todos, y qualesquiera testamentos, mandas, y codicilos, declaraciones, y otros qualesquiera instrumentos, assi cerrados, como abiertos, que antes deste aya fecho, para que no valgan, ni hagan fé en juizio, ni fuera dèl, por que no quiero que valgan; salvo este, que aora otorgo ante el presente Escrivano, y testigos, que solo quiero se guarde, y cumpla por mi ultima voluntad.*

 Muerto

18. Muerto el dicho D. Fernando de Montiel, ſe pidiò la poſſeſſion por el Capitan Salvador Navarro, de ſus bienes, y de los de la dicha Doña Victoria; y tambien la pidiô Juan de Miraval Pimienta, y aſſimiſmo Don Antonio de la Peña Matos, como marido de la dicha Doña Maria Yañez Pimienta, tan ſolamente de los bienes, que avian quedado de la dicha D. Victoria Montiel en virtud del teſtamento cerrado, que los ſuſodichos avian otorgado. Y todos tres pleytos ſe juntaron, y acumularon, y ſe recibiò la cauſa a prueba; y por aver renunciado el dicho Capitan Salvador Navarro, y Juan de Miraval, todo el derecho, que tenian a dichos bienes, en Don Pablo Antonio Peſtana y Montiel, quedaron vnicos litigantes en eſte pleyto el dicho Don Pablo, y el dicho Don Antonio de la Peña y Matos, como marido de la dicha Doña Maria Yañez Pimienta.

19. El dicho Don Pablo pretende la ſuceſſion de los bienes de los dos Vinculos, que fundaron los dichos Doña Victoria, y Don Fernando de Montiel, en virtud de la donacion, que la ſuſodicha hizo, que eſtà al numero tercero deſte papel, y del teſtamento vltimo abierto del dicho Don Fernando de Montiel, debaxo de cuya diſpoſicion falleciò, que ſe ha referido al numero quinze, por aver renunciado en el ſuſodicho el Capitan Salvador Navarro, y Juan de Miraval el derecho, que tenian por ſus llamamientos, y no aver llegado el caſo de los demás anteriores a dicho Don Pablo.

20. El dicho Don Antonio de la Peña Matos, como marido, y conjunta perſona de Doña Maria Yañez Pimienta, ha pretendido en las inſtancias del Ordinario de Tenerife, y de la Audiencia de Canaria, en virtud del teſtamento cerrado de D. Fernando de Montiel, y que ſe dize ſer de Doña Victoria de Montiel ſu hermana, por tener en él primer llamamiento, que el dicho Don Pablo, y en eſta inſtancia ha eſtendido ſu pretenſion tambien à los bienes de dicho Don Fernando Montiel, en fuerça de dicho teſtamento cerrado, y de la diſpoſicion que hizo en èl, ſuponiendo, que el teſtamento vltimo abierto, que otorgó, es falſo.

Eſtas

21. Estas pretensiones se decidieron por el Juez Ordinario de Tenerife en el auto difinitivo, que proveyò en tres de Agosto de 1684. años, que esta foj. 194. del pleyto, que es como se sigue.

*Dixo, que el testamento otorgado por el Licenciado Fernando de Montiel, Presbytero, en siete de Diziembre del año passado de 1679. por ante Juan Machado, Escrivano Publico del lugar de Ycod, se declara por nulo, en quanto por èl se revoca la disposicion, y vltima voluntad de Doña Victoria de Montiel su hermana, que se contiene en el testamento, que vno, y otro otorgaron cerrado por ante dicho Escrivano en nueve de Diziembre del año passado de 1670. el qual se guarde, y cumpla en lo que es, y contiene disposicion de la dicha Doña Victoria de Montiel, como tambien el del año de 1679. en lo que contiene del dicho Don Fernando Montiel, y por ellos se dè possession a la dicha Doña Maria Yañez Pimienta, y Don Antonio de la Peña su marido, de todos los bienes, que fueren, y se liquidaren ser, y pertenecer a la dicha Doña Victoria Montiel, y de que fundò Vinculo, y Patronato; como à Don Pablo Antonio Pestana, de los que fueren del dicho Don Fernando Montiel, de que assimismo le fundó; a vno, y otro con sus frutos, y rentas, que de los de cada vno huvieren rentado desde la muerte del dicho Don Fernando Montiel, y con cargo de pagar de por mitad las cargas, memorias, y Capellanias instituidas por los susodichos: y si algunas mas se huvieren acrecentado en la vltima disposicion del dicho Don Fernando Montiel, sean de cargo del dicho Don Pablo Antonio de Pestana, y de los demâs sucessores del Vinculo fundado por el dicho Don Fernando Montiel; los quales, y la dicha Doña Maria Yañez, y los demâs que sucedieren en el fundado por la dicha Doña Victoria Montiel, ayan de gozar de pormitad del derecho de Patronato de la Capellania de nuestra Señora de la Soledad, y su procession. Y juzgando por este auto en fuerça de difinitiva, assi lo pronunciô, y mandô.*

22. Deste auto apelaron el dicho Don Pablo Antonio de Pestana, y Don Antonio de la Peña y Matos, a la Audiencia de Canaria, pidiendo se confirmasse en lo favorable, y se revocasse en lo perjudicial.

Los

23. Los Juezes de la Audiencia de Canaria, por el auto que proveyeron en diez de Março de 1685. foj. 226. dixeron: *Que se dà por nulo, y de ningun valor ni efecto el testamento cerrado, que otorgò el dicho Don Fernando Montiel, y firmô Doña Victoria Montiel su hermana en nueve del mes de Diziembre del año passado de 1670. por ante Don Carlos de Montiano, Escrivano Publico del lugar de Ycod; y por lo que mira a la dicha Doña Victoria Montiel, se observe, y guarde la disposicion, y Vinculo, que hizo por donacion en la escritura otorgada por ante Don Fernando de Cabrera, Escrivano Publico de la Isla de Tenerife en ocho del mes de Agosto del año de 1670. Y por lo que mira al dicho Don Fernando Montiel se guarde, y cumpla el testamento nuncupativo, otorgado por el susodicho ante Juan Machado, Escrivano Publico, en siete de Diziembre de 1679. Y en los llamamientos en que conformaren ambas disposiciones, suceda el llamado, y por ellas en unos, y otros bienes; y en el caso en que huviere llamamientos diuersos suceda cada uno en los bienes del que le llamare: en cuya consequencia se declara por primero sucessor, y llamado en ambos Vinculos, al Capitan Salvador Navarro de la Guardia, y a Don Pablo Antonio Pestana, como su cessonario, al qual se le dé la possession de todos los bienes, con los frutos, y rentas de ellos, desde la muerte del dicho Don Fernando Montiel. Y en lo que es conforme al auto del Ordinario se confirma, y en lo demás se reuoca, sin costas.*

24. Deste auto se apelô por la parte de Don Antonio de la Peña y Matos para esta Real Audiencia, aviendosele dado la possession al dicho Don Pablo de los bienes del dicho Don Fernando Montiel, por aver dos autos conformes.

25. El dicho Don Antonio pretende en esta Real Audiencia la revocacion del auto de la de Canaria, y que se declare por sucessor de los Vinculos del dicho Don Fernando Montiel, y de Doña Victoria su hermana.

26. La parte de Don Pablo pretende la confirmacion del auto de la dicha Audiencia de Canaria. Con que está concluso el pleyto en vista sobre confirmar, ô revocar el auto difinitiuo de la Audiencia de Canaria.

Para

27. Para mayor claridad se dividirà este papel en tres Articulos.

28. En el primero se probarâ la validacion de la escritura de donacion, que otorgò dicha Doña Victoria de Montiel, y que por ella le toca a Don Pablo Antonio de Montiel la sucession del Vinculo, que en ella fundó.

29. En el segundo se ajustarà la nulidad del testamento cerrado, que otorgò el dicho Don Fernando Montiel, en quanto a la disposicion, que en èl hizo de los bienes de Doña Victoria en virtud del poder que le dió.

30. Y en el tercero se ajustarà, que por el vltimo testamento, que otorgó el dicho Don Fernando Montiel, quedò revocado el testamento cerrado, que el susodicho avia otorgado, y que mediante este vltimo testamento toca tambien la sucession de los bienes de dicho Don Fernando a dicho Don Pablo.

31. Para que estos Articulos queden fundados con toda claridad, rem totam ordiar ab initio, & qua maiori potero brevitate ad extremum perducam, agam verò vestris dominationibus cum legibus, & rationibus præsertim; paucis autem, & non prolectarijs auctoribus; imò agam paucissimis; debet enim opinionum probabilitas nõ ab arbitrio, & numero auctorum; sed á ratione pendere. A que alude lo que dixo Caramuel: *Theolog. fundam. num.* 1330. ibi: *In omnibus plus rationi, & dialecticæ; quàm aucloritati detuli; non enim quæro sententias, quæ hominibus placent, sed quæ veritati consentiant.*

32. A esto mismo conduce lo que experimentamos en el Sagitario, que no consiste en coacervar tirando mucho, sino tirando poco, dar en el blanco. Y a este exemplo ha de ser la persuasiva del Abogado en la defensa de las causas. Palabras son de Philon, *de Sacrificio Abelis*, ibi: *Quemadmodum Sagitarij, scopo aliquo sibi proposito; conantur omnia tella in eum defigere, ita Orator de re, quam dicturus, omnem orationem ad rei alicuius finem refert, sententiasque omnes ad certum scopum dirigit.*

33. TRia canonizant actus humanos, ſcilicet poteſtas, voluntas, & modus, dezia Baldo *conſ. 326. n. 2. vol. 3.* y lo refiere el ſeñor Valençuela Velazquez, *conſ.* 177. que en todos los actos humanos para ſu firmeza han de concurrir poteſtad, voluntad, y forma; y qualquiera deſtos que falte, haze faltar el acto de la validacion: y la razon es, porque ſin el poder no ſe puede reducir nada a acto, y ſin la voluntad nada ſe perficiona, y ſin modo no ſe puede dirigir al fin del deſſeo, como dize el ſeñor Valençuela *in d. loco*, ibi: *Nam ſine potentia nihil ad actum deducitur, & ſine voluntate nihil conſenſu perficitur, & ſine modo nihil ad finem ſuum dirigitur.*

34. Concurrieron eſtos tres requiſitos en la donacion pura, perfecta, irrevocable, que Doña Victoria de Montiel otorgó en ocho de Agoſto de 1670. pues es cierto, que para hazerla tuvo poteſtad, voluntad, y obſervó la forma que diſpone el derecho.

35. De la poteſtad que tuvo la dicha Doña Victoria para poder hazer dicha donacion, no ſe puede dudar, ſi no es negando la libre facultad, que el derecho concede a las perſonas, quæ non ſunt in aliena poteſtate, ſed ſunt ſui iuris, como lo era dicha Doña Victoria para poder diſponer de ſus bienes a ſu libre arbitrio. *l. in re mandata. 21. C. mand.* ibi: *Nam ſuæ quidem quiſque rei moderator, & arbiter.*

36. Eſta poteſtad la quiere negar Don Antonio de la Peña Matos, a la dicha D. Victoria Montiel, para que no pudieſſe hazer dicha donacion por hallarſe ligada con el poder, que antecedentemente a dicha donacion avia dado la dicha Doña Victoria al Licenciado Don Fernando Montiel ſu hermano, para que pudieſſe diſponer de ſus bienes vinculandolos, aſſi por teſtamento, donacion, ô en otra qualquira manera, con las condiciones, y gravamenes que le parecieſſe, obligandoſe a que no revocaria el dicho poder, ni lo que en virtud dél ſe hizieſſe. Y ſi dél tomó fundamento el dicho Don Antonio para deſvanecer la dicha donacion, y oponerſe a la juſticia tan clara, que aſſiſte a

Don

a Don Pablo Antonio Peſtana y Montiel, facillimo negotio eliditur ex conſiderationibus ſequentibus.

37. Primò, porque entre el que dà el poder, y el a quien ſe dà, ſe celebra verdadero contrato de mandato, el qual no ſe perficiona re, ſed conſenſu; *princip. inſt. de obligat. ex conſenſu*; y eſto corre aunque el mandato ſea dado al Comiſſario, para que haga teſtamento. Carpio *de execut. lib.* 4. *cap.* 1. *à num.* 1.

38. Eſte poder no lo aceptò el dicho Don Fernando Montiel, como de ſu contextura conſta; ſiendo neceſſaria ſu aceptacion para que ſe huvieſſe por èl contraido verdadera obligacion, mayormente ſiendo condicion dél, que el ſuſodicho avia de vincular ſus bienes junto con los de ſu hermana. *Cap. Ioannes*. 19. *de teſtam. & cap. fin.* §. *Sane. eod. tit. in* 6. *l. ſiquis ſepulchrum* §. *Funus. ff. de relig. & ſumpt. fun. l.* 6. *tit.* 1. *par.* 6. Y la razon la dà la *l. in commodato.* 17. §. *Sicut. ff. commodati.* ibi: *Voluntatis eſt enim ſuſcipere mandatum, neceſſitatis eſt conſumare. l. ſi mandavero.* 22. §. *Iulianus. eod. tit. l.* 2. §. *Quæritur. ff. de curat. bon. dand.* vbi Vlpianus, ex Caſij ſententia inquit: *Neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius eſt, voluntarius itaque cogendus eſt.* Y por eſte defecto de aceptacion quedó libre la dicha Doña Victoria, para poder diſponer de ſus bienes por la dicha donacion, aviendolo revocado expreſſamente, como lo revocô en dicha eſcritura de donacion.

39. Secundò, la revocacion de dicho poder en nueſtro caſo es indiſputable, aviendola hecho la dicha D. Victoria re integra, hoc eſt, no aviendo començado a vſar dél, el dicho D. Fernando Montiel ſu hermano. §. *Recte, inſt. de mãdat.* ibi: *Recte quoque mandatum contractum, ſi dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit. l. ſi vero.* 12. §. *Si mandavero. ff. mandat.*

40. Tertiò, ſe pudo hazer la dicha revocacion por el rezelo, que la dicha Doña Victoria tuvo del dicho ſu hermano, de que no llamaria a la ſuceſſion de ſus bienes a las perſonas, que la ſuſodicha llama por ſuceſſores en la dicha eſcritura de donacion con la graduacion, que en ella eſtàn pueſtas: y por eſta ſoſpecha el mandato ſe puede revocar.

Golino

Golino *de procur. p. 3. cap. 5. à num. 49.* Y aviendose verificado de cierto este rezelo con la mudança de los llamamientos de sucessores, que hizo el dicho Licenciado Don Fernando de Montiel en el testamento cerrado, que otorgó en nueve de Diziembre del año de 1670. oy que se trata de su invalidacion, se haze mas infalible la dicha donacion.

41. A estos principios puede oponer dicho D. Antonio dos cosas: la primera, que esta revocacion no se le hizo saber á dicho Don Fernando: y la segunda, que aviendose obligado por dicho poder dicha Doña Victoria a no revocarlo, no pudo contravenir a esta obligacion por la dicha donacion.

42. A la primera se responde, que además de que no es creible, que en vn lugar tan corto como es Ycod, y aviendose hecho dicha donacion publicamẽte, interviniendo algunos de los donatarios della en su aceptacion, y testigos, no dexaria dicho Don Fernando de tener noticia de ella, no siendo esta necessaria para que dexasse de tener efecto la dicha revocaciõ; porque los negocios, y contratos, que requieren consentimiento, se perficionan non ex procuratoris consensu, sed contrahentis, y assi está en su libre arbitrio revocar el poder quando quisiere, sin intimarlo al mandatario. Lo qual se prueba de la *l. Si pater filio. 4. §. Sin autem. ff. de manum. vind.* en cuya especie vn padre avia permitido, que vn hijo manutiesse su esclavo: despues esta facultad la revocó el padre, y el hijo ignorandola, hizo la dicha manumission; y porque avia revocacion del padre, dize el texto, que no quedó libre el esclavo; verba sunt Iuliani, ibi: *Sin autem, ignorante filio* (supone el texto primero, que le diò facultad para manumitir) *vetuisset pater per nuntium; & antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non sit. L. quæsitum §. Iulianus ait. ff. qui. & à quib. man. lib. non fiunt*, ibi: *Sed, & si vivit pater, & voluntas mutata erit; non videri volente patre filiũ manumisisse.* Arias de Mesa *var. resol. lib. 3. cap. 43. num. 12.* ibi: *Secundus casus est de procuratore constituto ad negotia seu contractus, qui solo domini consensu perficiuntur, & in hoc casu diversum*

*ius*

*ius obſervandum eſt ; vt ſcilicet neceſſe non ſit procuratorem certiorari de mandati revocatione,vt id diſſolutum eſſe intelligatur; cuius rei illa ratio eſt , nam cum negotia ſeu contractus , qui conſenſum deſiderant non ex procuratoris conſenſu , ſed contrahentis perficiantur ; hinc eſt , vt ſi is re integra per pœnitentiam mandatum revocet, procurator quamvis mutatæ voluntatis ignarus ſit , nihil agat , quia verum eſt , mandatoris conſenſum abfuiſſe , qui ad exitum vſque negotij durare oportebat.* Y aviendo ſido eſte mandato para que el dicho Don Fernando hizieſſe los llamamientos , que le tenia comunicados la dicha Doña Victoria, quien duda que la ſuſodicha los pudo explicar por la donacion,que deſpues hizo,y por eſta expreſſion quedô revocada la facultad , que avia dado a ſu hermano para que los hizieſſe como ſe los avia comunicado ?

43. En quanto a la ſegunda dificultad de que dicho poder fue irrevocable , ſiendo eſta obligacion contra la naturaleza del mandato , que es revocable , tuvo ſiempre libre facutad la dicha Doña Victoria para revocarlo. *l. cum præcario. 12. ff. de præcar.* Golino *de procur.* con *muchos que cita par. 3. cap. 5. n. 120.* Y en los num. ſiguientes dize , que aunque aya intervenido juramento , y pena,ſin embargo ſe puede revocar , y que no nace ninguna obligacion , ni aun la natural del dicho pacto , pues por él ſe quita el dueño la libertad , que no pudo.*l. ſiquis in principio teſtamenti.ff. de leg.3.*

44. La cauſa de ſer eſte pacto nulo, es, porque la poteſtad de poder revocar el procurador eſt quædam naturalis facultas.*l. viam. ff. de via publica.* Y los derechos naturales por ningun pacto ſe pueden mudar. §. *Sed naturalia, inſt.de iure natur. gent.*

45. Tambien ſe puede revocar , porque la naturaleza del mandato , eſtando re integra , es revocable por derecho ; con que el pacto que ſe pone en contrario, de que el mandato no ſe pueda revocar, ſe opone a las leyes ; & nemo poteſt facere, quod leges non habeant vim in ſua diſpoſitione contra la *l. nemo poteſt. ff. de legat. 1. l. 2. ff. de teſtam.*

46. Esfuerçase esto mismo con que si el procurador re integra no se pudiesse revocar, se seguiria absurdo de que pudiesse obrar el procurador contra la voluntad del dueño; y por esta razon el pacto de no revocar, como contrario al favor publico, es reprobado. *l. ius publicum. l. iuris gentium.* §. *Si paciscar ff. de pactis.*

47. Es tambien contra bonos mores, vt quis alienis negotijs se ingereret, cùm ius eos suspectos reputet. *l. quæ omnia.* §. *Nec ferendus. ff. de procurat.* Glossa *in cap.* 2. *vers. Ipso nolente, de procur. in6.* Y hablando desta clausula Rovito *in cons.* 16. *num.* 11. *par.* 2. dize, que esta promessa de no revocar est ad instar iuramenti, quod regulatur secundum naturam contractus, *ex Glossa in cap. fin. de procur. in 6. vers. Revocatus.* Craveta *cons.* 191. *num.* 5. Boërio *decis.* 207. Inde fit, que tuvo potestad la dicha Doña Victoria para vincular sus bienes, y hazer los llamamientos, que hizo en la dicha escritura de donacion, y poner las condiciones, y gravamenes, que en ella se hallan insertos.

48. Tambien haze oposicion dicho Don Antonio a dicha potestad, por dezir, que la donacion, que la susodicha hizo, fue de todos sus bienes presentes, y futuros; y que assi es ninguna, por ser contra bonos mores, porque quedò la donante intestable, y se dà ocasion captandæ mortis, vt *ex l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. oblig.* notant ibi DD. & aliquos refert Hermosilla *in l.* 9. *tit.* 4. *par.* 5. *Glos.* 1. *num.* 1. Y en nuestro Reyno basta que sea de solos los bienes presentes para que se juzgue por ninguna, *ex l.* 69. *Taur. quæ est* 8. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* Esta oposicion se excluye por los fundamentos siguientes.

49. El primero, porque de todos los bienes que donò la dicha Doña Victoria, reservô el vsufructo, y 500. ducados; y aviendo en la donacion de todos los bienes presentes, y futuros reserva de vsufructo, se debe juzgar por valida, porque pudo la donante disponer del derecho de vsufructo, y de los frutos, y commodidades, que dél proceden, que no se comprehenden en la dicha donacion. Ita tenent Paulo de Castro *in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. oblig.* ibi: *Nisi aliqua sibi conservaverit, velut vsumfructum,*

*fructum,*

*fructum, & fructus percepti non caderent in donatione, quia reservando vsumfructum, videtur servare fructus, qui ex eo percipientur, & de illis poterit testari.*

50. Esta opinion dize Socino *cons. 126. num. 8. lib. 3.* que es comun, y lo mismo dize el señor Luis de Molina, *lib. 2. cap. 10. à num. 19. vsque ad 23.* donde funda esta resolucion, y responde à los argumentos, y Doctores contrarios. D. Castillo, *contr. lib. 4. cap. 53. à num. 17.*

51. Y esta opinion, sin embargo de la ley 69. de Toro, està recibida en los Tribunales Superiores de España, como dize el señor Molina, *d. lib. 2. cap. 10. num. 23. vers. Cui rationi*, ibi: *Ex quibus opinio ista mihi verior, atque probabilior videtur; sicque illam etiam stante, d. l. 69. Taur. interdum apud suprema Tribunalia receptam vidimus.* Y en nuestro caso es sin duda, porque la dicha Doña Victoria no solo reservò el vsufructo, sino tambien 500. ducados para poder testar.

52. La obligacion de probar, que los dichos frutos reservados, ni los dichos 500. ducados no eran bastantes a los alimentos de la dicha Doña Victoria, no toca al donatario, sino al que alega, que la donacion es inmensa; vt tenet Socinus Iunior. *cons. 127. col. 2. lib. 3.* Tuschus *lit. D. conc. 648. num. 74.* Y aunque Fontanella, refiriendo al señor Covaruv. se inclina a la opinion contraria *tom. 1. claus. 4. Glos. 22. num. 16.* aconseja en el *num. 19.* que siempre pruebe el que impugna la donacion, sin confiar en la opiniò, que le assiste: y en esto no se ha probado cosa de fundamento por el dicho Don Antonio.

53. Esta alegacion de que la donacion es inmensa, y por esta razon nula, solo compete al donante, y no a otro, a exemplo de la donacion, que se revoca por la causa de ingratitud: en la qual si el donante no pide revocacion de la donacion, aunque ella es ninguna por la causa de ingratitud, no pueden sus herederos, ni sucessores, ni otros qualesquiera, que tengan derechos dellos, intentar esta nulidad. *l. 1. C. de revoc. don.* ibi: *Hoc tamen ius stabit inter ipsos tantum, qui liberalitatem dederint, cæterum neque filij eorum, neque successores ad hoc beneficium pertinebunt. Neque enim fas est,*

*est, vllo modo inquietari donationes, quas is qui donaverat in diem vitæ suæ retractavit. L. his solis. vers. Actionem. C. de revoc. donat.* ibi: *Actionem vero matris ita personalem esse volumus, vt vindicationis tantum habeat effectum, neque in heredem detur,*vbi Glossa *verbo Actionem*

54. En las palabras deste texto, y Glossa se debe hazer mucho reparo, porque decide, que tiene el donante contra el donatario ingrato vindicacion, con que supone la donacion nula ipso iure; y sin embargo resuelve, que esta accion, y vindicacion solo competen al donante, y no se le dá al heredero. *l. fin.* §. *Hoc tamen, C. de revoc. don.* ibi: *Hoc tamen vsque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere, etenim si ipse qui hoc passus est, tacuerit, silentium eius maneat semper, & non à posteritate suscitari concedatur.* El señor Gregorio Lopez *en la l. 10. tit. 4. par. 5. in fin.* Hermosilla *in d. l. Glos.* 8. D. Molina *lib. 1. cap. 9. num.* 36. vbi Additionatores.

55. Lo qual se ajusta a este caso; porque la razon en que se funda la nulidad de la donacion de todos los bienes presentes, y futuros, es, porque el donante tenga bienes, con que poderse sustentar, no los dissipe, y no quede intestable por la injuria, que dello resultaba, que todo miraba a derecho del mismo donante; y assi si él no lo propone, no pueden sus herederos, ni sucessores intentarlo: como sucede, quando se revoca la donacion por la ingratitud, que es derecho del mismo donante, y si èl no vsa del, no pueden intentarlo sus herederos.

56. De voluntate pauca sunt agenda; pues por todo el contexto de la dicha escritura de donacion se conoce evidentissimamente, que la dicha Doña Victoria la tuvo de vincular sus bienes, y que sucediessen en ellos los llamados por la susodicha en la donacion por su orden, y siendo tan clara esta voluntad, no es menester texto, ni Glossa, que la compruebe, como dixo Peregrino *de fideic. artic. 11. num. 2. & 3.* ibi: *Cum verba sunt clara, textum habemus, nec indigemus glossa ad explicandam dispositionis intentionem, nec dici potest aliam fuisse testatoris mentem, quia deter-*

*determinata non indigent determinatione, & quælibet interpretatio cavilosa videtur.*

57. Esta verdad la quiere obscurecer la parte contraria en sus alegaciones, con suponer, que la dicha donacion fue condicional respecto de que en ella se dize, que en caso, que el dicho Licenciado Don Fernando de Montiel su hermano, aya otorgado testamento, ó hecho vinculacion, lo revocaba, no siendo a favor de los dichos Capitan Salvador Navarro, y Doña Catalina Pestana su muger; y que no aviendolo hecho el susodicho antes de la dicha donacion, sino despues, no pudo quedar revocado el dicho poder por no existir entonces especificamente la condicion. A que se responde, que la voluntad de la dicha fundadora no se limitó solo al caso de aver vsado el dicho su hermano del poder, que le tenia dado; sino tambien al caso de si vsasse dél despues de la dicha donacion, pues en las palabras dispositivas de la donaciõ absolutamẽte lo revoca, ibi: *Vsando de la dicha facultad, que por derecho se le permite, revocaba, y revocó dicho poder, que dió a dicho Don Fernando Montiel su hermano, para que en ninguna manera pueda vsar dél, si no fuere dexando por sus herederos à los dichos Capitan Salvador Navarro, y su muger, y hija.*

58. Lo que el testador miró en estas palabras, que se notan en dicho poder por el dicho Don Antonio, no fue al modo, ni al tiempo de que huviesse vsado, ó vsasse despues dicho Don Fernando del dicho poder, sino al efecto de que se llamassen en la vinculacion las personas, que la dicha Doña Victoria le avia comunicado, que son las expressadas en dicha donacion; y à esto vnico es solo à lo que se debe atender. Pedro Surdo, *cons.* 69. *num.* 19. ibi: *Quia huiusmodi conditionibus testator non censetur cogitare de modo, vel tempore, quo sit implenda conditio; sed videtur potius respectum habuisse ad effectum, & ad implementum ipsius conditionis, & ideò quomodocumque, & quandocumque impleatur, satisfactum videtur voluntati testatoris.* Lo qual es conforme a derecho, pues conforme al principio de la *l. nec interest. ff. ad leg. falc.* Y de la *l. penult. ff. de act. empt. Paria sunt aliquid ab initio esse tale, vel ex post*

*facto devenire ad tale.* Pues por lo mismo que quiso la dicha Doña Victoria, que se revocasse qualquiera disposicion, que su hermano huviesse hecho antes de la donacion, que la susodicha hizo, querria revocar la que despues se hiziesse; pues en vno, y otro caso milita la misma razon, y assi debe militar la misma disposiciõ de derecho. *l. illud. ff. ad l. Aquil.*

59. Tambien huvo en dicha donacion el tercero requisito de los que hemos dicho, que se requieren para qualquier acto; que es el mõdo, que es lo mismo que forma, la qual dio la dicha Doña Victoria a la disposicion de sus bienes por la vinculacion, que de ellos hizo por la dicha escritura de donacion, prohibiendo la enagenacion dellos, mandando se conserven siempre vnidos, haziendo llamamientos de los que avian de suceder con discrecion de personas, expressando las cargas, obligaciones, y expressandolo todo por vn instrumento publico, y solemne. *l. non dubium, Cod. de leg. l. diligenter. ff. mand. cap. cum dilecta de rescript.* Bald. *in l.* 1. *num.* 4. *ff. de legib.* Surdo *cons.* 318. *num.* 10. *lib.* 3. Burato *cons.* 396. *num.* 19. & 20. *lib.* 4. Cephalo *cons.* 220. *num.* 34. *lib.* 1.

60. Convencido dicho Don Antonio, que en esta dicha donacion, de que vamos hablando, concurrieron los tres requisitos de voluntad, potestad, y forma, dize es nula la dicha donacion por defecto de insinuacion, por la decision de la *l. sancimus, C. de legib.* la qual se entiende en las donaciones simples, no empero en las que se hazen por causa, como es la de que se trata, la qual no necessitô de insinuacion, por ser hecha en contrato entre vivos, y fundadose Mayorazgo en él, en cuyos terminos dize el señor Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 15. que no es necessaria dicha insinuacion. Hermosilla *in l.* 9. *tit.* 4. *par.* 5. *Glos.* 15. *num.* 30.

61. His sic cognitis, & præhabitis, llegamos a la obligacion precissa, que tiene Don Pablo en manifestar su llamamiento en dicha donacion, y aver llegado el caso dél *l. cùm ita legatur.* §. *In fideicommissis. ff. de. leg.* 2. D. Molina, *de primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. D. Valençuela *cons.* 97. *num.* 216. & *cons.* 133. *num.* 13.

Para

61. Para lo qual ocurrimos a la forma, y tenor de la dicha donacion. *Cap. 1. de duob. fratr.* ibi: *Quem thenor investituræ demonstrat*, & ibi Bald. D. Molina *lib. 1. cap. 2. num. fin.* Giurba *de feud.* §. 2. *Glos. 7. num. 60.*

63. Y en ella se hallará claro, literal, y expresso el llamamiento de Don Pablo, con prelacion a el de Doña Maria Yañez Pimienta, muger de dicho Don Antonio, pues en primer lugar llama la dicha Doña Victoria a la sucession de su Vinculo al Capitan Salvador Navarro de la Guardia, y a Doña Catalina Pestana su muger, y a Doña Marciana Montiel, hija de los susodichos, y a sus descendientes; y en segundo lugar a sus primos los Pestanas, y sus descendientes; y aviendo muerto de los tres primeros Doña Catalina, y Doña Marciana, madre, y hija, tocò la sucession de dicho Vinculo a dicho Capitan Salvador Navarro, y por aver este hecho renuncia della, y cession en D. Pablo, y hallarse inmediato sucessor, viene a ser legitimo sucessor de dicho Vinculo el dicho Don Pablo. El señor Olea con infinitos *de cess. iur. & act. tit. 3. quæst. 3. per totam, & præcipue, num.* 10.

64. Es cierto en el hecho, y en que vâ llano Don Antonio de la Peña, y Matos, que dicho Don Pablo Antonio de Pestana, y Montiel es hijo legitimo de Jorge Pestana, el qual fue el hijo mayor de Don Estevan de Pestana, cuyos hijos llamó en segundo lugar, con que tiene para obtener Don Pablo todo lo necessario; pues tiene la letra expressa en la dicha donacion; y la intencion de la fundadora, assi por el Capitan Salvador Navarro, como por si mismo *l. miles. §. Quidem. ff. ad leg. Iul. de adult.* ibi: *Opinionem quidem nostram, & verba legis, & intentio adiuvant.*

## *ARTICVLO SEGVNDO.*

65. TOda su esperāça para obtener en este pleyto la funda Don Antonio en el testamento cerrado de nueve de Diziembre de 1670. de que està hecha mencion al num. 6. el qual por lo que mira a Doña Victoria es nulo, y por lo que mira al dicho Don Fernando quedò revocado por el vltimo, que otorgo en 7. de Diziembre de 1679. Y para

para proceder con claridad se discurrirá primero en quanto a la dicha nulidad, y despues en quanto a la revocacion.

66. Quando el poder que la dicha Doña Victoria diò a su hermano en seis dias del mes de Julio de 1670. no estuviera revocado por la donacion, que de sus bienes hizo la susodicha en ocho dias del mes de Agosto del año de 1670. como queda ajustado en el Articulo antecedente; aviendo sido el dicho poder para que el dicho D. Fernando Montiel pudiesse disponer de los bienes de Doña Victoria su hermana, vinculandolos juntamente con los suyos, para poder disponer por testamento, ò en otra forma, aviendo dicho Don Fernando elegido el vsar de dicho poder, y testar en su virtud por testamento cerrado, la nulidad de dicho poder es manifiesta, por no tener mas que tres testigos, debiendo tener los siete, que por forma requiere el testamento cerrado. *l. 1. 2. 13. tit. 4. lib. 5. Recop. l. 39. Taur.* ibi: *En el poder, que se diere al comissario para hazer todo lo susodicho, ô parte dello, intervenga la solemnidad del Escrivano, y testigos, que segun leyes de nuestros Reynos han de intervenir en los testamentos, y de otra menera no valgan, ni hagan fè los dichos poderes.* Ant. Gomez *in d. l.* P. Thomas Sanchez *cons. cap. 1. num.* 8.

67. Tambien es nulo el dicho poder para aver podido testar en su virtud el dicho Don Fernando Montiel, por no aver la dicha Doña Victoria nombrado en èl herederos. *l. 31. Taur.* ibi: *Ordenamos, y mandamos, que de aqui adelante el comissario no pueda por virtud de tal poder hazer heredero en los bienes del testador, ni mejoria del tercio, ni del quinto, desheredar a ninguno de los hijos, ni descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar, ni pupilar, ni exemplarmente, ni hazerles substitucion alguna de qualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos, ni descendientes del testador, salvo si el que le diò el tal poder para hazer testamento, especialmente le diò el poder para hazer alguna cosa de las susodichas en esta manera, el poder para hazer heredero, nombrando el que dà el poder por su nombre a quien manda, que el comissario haga heredero, &c.*

Lo

68. Lo qual ſe confirma advirtiendo, que en terminos del derecho comun qualquier vltima voluntad, dexada al libre alvedrio de tercero, es nula. *l. illa inſtitutio* 32. *ff. de hered. inſtit. l. Senatus* 45. §. *Legatum ff. de leg.* 1. *l. Captatoria* 70. *l. illæ autem inſtitutiones* 71. *ff. de hered. inſt. l. Captatorias* 11. *C. de teſtam. milit.* Rod. Suarez *de captat. volunt. n.* 1. *cum ſeqq.* Surdus *conſ.* 264. *num.* 5. *lib.* 2. Peregrinus *de fideicom. art.* 33. Con que no aviendo nombrado herederos, ni ſuceſſores la dicha Doña Victoria en dicho poder, y aver cometido la ſubſtancia de la diſpoſicion a dicho Don Fernando, es nulo.

69. Si eſte poder es nulo, lo es tambien el dicho teſtamento cerrado, que dicho Don Fernando hizo, en quanto a la diſpoſicion, que en él hizo de los bienes de la dicha D. Victoria; pues no valiendo lo principal, no puede valer lo que depende dèl, y es acceſſorio, ex princ. *regul.* 128. *ff. de reg. iur.* ibi: *Cum principalis cauſa non ſubſiſtat, nec ea quidem, quæ ſequuntur, locum habent.*

70. Y como quiera que ſe conſidere el dicho teſtamento, ô bien hecho en virtud de dicho poder, como es cierto ſe hizo, y por eſta cauſa ſe inſertó en él a la letra, y dixo en él dicho Don Fernando, que hazia dicho teſtamento por ſi, y en nombre de la dicha Doña Victoria ſu hermana; ò bien, que no ſe huvieſſe hecho en ſu virtud, ſino que lo huvieſſe hecho la dicha Doña Victoria, en ambos caſos es nulo.

71. En el primero, por eſtar el dicho poder, en virtud de que ſe hizo dicho teſtamento, revocado expreſſamente por la dicha Doña Victoria, y ſer nulo por las razones, que eſtán dichas.

72. Y en el ſegundo, porque aviendo hecho la dicha Doña Victoria, como hizo, antecedentemente al dicho teſtamento donacion pura, perfecta, irrevocable por contrato inter vivos, con reſerva del vſufructo de ſus bienes, y de 500. ducados para teſtar, con clauſula de conſtituto en forma, entrega del inſtrumento original, y aceptacion de los donatarios, quedò perfecta la dicha donacion, é irrevocable, y no pudo bolver a diſponer de los bienes, que

tenia donados, ni añadir gravamenes, ni condicion alguna. *ex l.* 17. *&* 44. *de Toro l. perfecta donatio. Cod. de donat. quæ sub modo, & in l. si donationem* 5. *& in l. velles* 6. *Cod. de revoc. donat.* ibi: *Velles necne filio tuo prædia, itemque mancipia donare fuit in initio tibi liberum, desine itaque postulare, vt donatio, quam perfeceras revocetur. & in l. sicut ab initio. C. de act. & oblig.* & in his locis notant omnes, & præ cæteris el señor Presidente Covar. *lib.* 1. *var. cap.* 14. *num.* 1. & ibi Faria eius Additionator, & Ant. Gomez, *var. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 11. *& in l.* 17. *Taur. num.* 22. el señor Molina *de primog. lib.* 1. *cap.* 8. *á num.* 21. *& á num.* 35. *& seqq.* y a estos, y otros muchos refiere el señor Don Juan del Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 10. *per totum*, *& in num.* 2. dicit, ex mente omnium Doctorum hanc conclusionem non recipere dubitationem aliquam: *& num.* 41. *&* 42. refert quam plurimos tenentes, non posse in vltima voluntate vllo modo donatorem disponere de re donata.

73. Ex hoc ratione tampoco pudo obrar efecto ninguno la aprobacion, que de dicho testamento cerrado hizo la dicha Doña Victoria en la cubierta dél, ó subscripcion; porque si lo que aprobò fue la disposicion, que su hermano hizo en su testamento de sus bienes, aviendo dispuesto la susodicha de ellos por contrato anterior de donacion, y con obligacion expressa de no poderla revocar; de la misma manera, que quedó sin facultad de poder hazer dicho testamento, lo quedó tãbien de aprobarlo, pues vna misma razon milita en ambos casos, y assi ambos se deben arreglar por vna misma disposicion, *ex l. illud. ff. ad leg. Aquil.*

74. Fuera de que la ratificacion no confirma el acto nulo, invalido, y defectuoso, sin expressa sciencia de la nulidad del ratificante. Alxander Ludovicius *decis.* 473. *nu.* 20. Mario Giurba *decis.* 105. *nu.* 12. Rota apud Farinacium *decis.* 535. *num.* 12. *vers. Quia fuit responsum, quod scientia superveniens cum actu, non inducit ratificationem actus, quia fuit nullus, & quem Labinia potuit credere validum, nisi probetur eius scientia nullitatis.*

75. Y la razon decisiva desto, y de nuestro caso se saca

ca de la *decis.* 51. apud eundem Farin. 1. *par. num.* 5. ibi: *Quia respondebatur quoad effectum, vt quis sibi præiudicet consentiendo, requiritur, quod habeat notitiam sui præiuditij, Glossa in cap. consultationibus. verb. Non consenserit, de appell. in* 6. *& sic distinguit Gabriel, d.* 1. *par. conclus.* 2. *num.* 5. *& fusius sub num.* 9. *& est regulare in qualibet ratificatione, quod requiratur scientia explicita præiuditij in ratificante. Alexander conf.* 114. *n.* 4. *vol.* 1. *In casu autē proposito minime apparet, quod Fabij habuerint notitiam aliquam præiuditij, quod exinde eis potuisset provenire.*

76. No aviendo intervenido la dicha D. Victoria quando se hizo dicho testamento cerrado, ni leidosele, como era necessario, como funda Flores Diaz de Mena *var. lib.* 1. *q.* 1. *n.* 36. Escaño *de testam. cap.* 14. *n.* 6. con muchos fundamentos, y Autores, fue nulo por defecto de voluntad: y assi por la subscripcion, que en él hizo, no pudo quedar aprobado, no aviendo tenido la dicha Doña Victoria sciencia clara, y especifica de todo lo que se contenia en él. Quod probatur expresissimè ex multis locis.

77. In primis *ex decis.* Alex. Ludov. 311. *num.* 15. & 16. vbi habetur, quod *ratificatio requirit claram, & specificam scientiam omnium in instrumento contentorum; & pro habenda tali notitia requiritur, quod ratificans legerit, vel ei fuerit lectum instrumentum.* Lo mismo confirma Beltran *ibi, n.* 21. Idem Ludovicus *decis.* 208. *nu.* 9. ibi: *Et generale est, quod ratificatio non inducitur, nisi data plena, & distincta notitia in ratificanti iuris, & facti.* Y trae muchas decisiones, y Autores.

78. Opitimè Gratianus *discept. for. tom.* 4. *cap.* 699. *num.* 18. ibi: *Quamvis essent recepti fructus ex dicta societate renovata, non tamen poterit dici, quod ex tali receptione fuerit ratificata liberatio fideiussoris in ea contenta; quia receptio fructuum probat quidem scientiam eiusdem renovationis in genere; non autem in specie, respectu qualitatum præiuditialium in ea existentium, circa quas requiritur, quod adsit specifica scientia mediante lectura instrumenti, non autem per relationem, seu enuntiationem, ita vt alleganti talem ratificationem incumbat onus probandi huiusmodi specificā scientiā.* Y no aviendose probado, que la dicha Doña Victoria la tuviesse de lo contenido

tenido

tenido en dicho teſtamento, y probadoſe por Don Pablo, que no ſe le leyò, ni tuvo noticia de lo que contenia, ſiendo de obligacion del dicho Don Antonio el probar la dicha lectura, y ſciencia, como dize Graciano *in d. loco*, no pudo obrar efecto la dicha ratificacion.

79. Don Geronimo de Leon *en la dec. 169. num. 16.* inquit: *Animaduerſo tamen, quod in iure in materia ratificationis requiritur ſcientia in ſpecie clara, nitida, ſaſtis diſtinctè, & concludenter probata, etiam ſi ſit iurata, quam ſcientiam non conſtat habuiſſe, d. Comitem, non enim fuit in ſpecie, & eo, quod decebat, modo certioratus de cōtentis in dicta tranſactione, & de varijs illius capitulis, quæ ſibi erant maxime nociva, profecto pariter dicta ratificatio nullius eſt cenſenda momenti; & conſequenter virtute dictæ tranſactionis à principio nullæ, nec poſtea roboratæ, non potuit inſtari dicta executio.*

80. Y en la Rota eſtà decidido, que qualquier juſta cauſa excluya la ratihabicion, y que es neceſſario, *vt factum æquivaleat verbis*, y ſea de tal condicion, quod *ad aliud remitti non poſſit.*

81. Tampoco ſe puede hazer caſo de eſta ratificacion de que vamos hablando, porque ſiendo la dicha Doña Victoria de 71. años, como la ſuſodicha confieſſa en el poder que eſtá num. 2. y muy ſorda, como eſtà probado, y que eſtava ſujeta a ſu hermano, y que vivia en ſu caſa, por el miedo, que le tenia, haria dicha ratificacion, el qual excluye qualquiera conſentimiento ex his, quæ notat D. Larrea *in alleg. 35. per totam.*

82. Comprueba eſta materia con ſingularidad Marinis *en la obſervat. ad Reverter. en la deciſ. 235. num. 3.* ibi: *Alij dicebant, nullius roboris eſſe ſubſcriptionem illius, qui ſe inſtrumento ſubſcribens non vidit prius, neque legit, quæ in ſcriptura illa continebantur, prout proprie contingere ſolet puellis, quæ à parentibus, vel fratribus in matrimonium collocantur; eas enim apud timoratæ conſcientiæ viros dubitari non poteſt, quæ ſcripta ſunt in capitulis matrimonialibus, quibus ſe ſubſcripſerunt, haud legiſſe; ſed tantum illis, ſe ſubſcripſiſſe patribus, vel fratribus ſic mandantibus. Et ſi dices contra ſubſcribentes præſumptionem eſſe, vt quæ in inſtrumento ſubſcripto continebantur,*

*legerit,*

*legerit, & agnoverit; ita vt ipsi allegant, quæ subcripsit; non legisse, onus probandi incumbat, vt Bart. Paulus de Castro, Alex. Iasson, & aliorum auctoritate probat Mascardus de probat. conc. 1347. num. 19. cum seqq. Respondetur, præsumptionem hanc cessare prorsus quoties, quis subscripsit, de illo, cuius mandato fuit facta subscriptio, maxime confidit; provt contingere solet inter vnanimes socios, aut inter patrem, & filium, tunc enim procedet præsumptio contraria, nimirum vt subscribens nullatenus viderit, neque legerit scripturam illam, quam subscripserit: ita per bèlle Andreas Alciat. in d. §. Chrysogonus, num. 11. Menoch. de præsumpt. præsumpt. 66. num. 31. vers. Altera est coniectura. Mascardo citata conclusione, num. 23.*

83. Pero aun sin todas las razones referidas, es la principal, y primera, y digna siempre de advertir la que nace del testamento vltimo abierto, que otorgò el dicho Don Fernando en siete de Diziembre del año de 1679. en el qual vincùla sus bienes, y los de su hermana, y los mas de los llamamientos que en èl haze, convienen con los mismos, que tenia hechos la dicha Doña Victoria en la donacion, que la susodicha hizo en ocho de Agosto de 1670. Y dize dicho Don Fernando, que los hizo de su voluntad, y de la de su hermana, y en virtud de lo que le tenia comunicado, ibi: *Y quiero, que valga, y fue assi la voluntad de la dicha Doña Victoria de Montiel mi hermana, y avermelo comunicado assi.* Con que se prueba, que la dicha Doña Victoria no tuvo sciencia especifica de lo que contenia el dicho testamento cerrado, y que no tuvo voluntad de que se guardassen los llamamientos, que en èl se contienen: con que la sucession de los bienes del Vinculo de la dicha Doña Victoria, solo se debe diferir en quanto a ella por los llamamientos, que se contienen en la dicha donacion, en los quales tiene primer lugar Don Pablo, y sus descendientes; y despues dél llamô la dicha D. Victoria a los Pimientas, de quien deriva la parte contraria su descendencia. *l. in plurium. ff. de acq. hered.* ibi: *Prius ab scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet.*

84. HEmos ajustado con evidencia tocarle la sucession del Vinculo, que fundó la dicha Doña Victoria a Don Pablo Antonio de Montiel, assi por la cession, que de dicho Vinculo le hizo el Capitan Salvador Navarro de la Guardia, como por hallarse con llamamiento primero que la dicha Doña Maria Yañez Pimienta. Resta el hazer evidencia de que tambien le toca la sucession del Vinculo, que fundò de sus bienes el dicho Licenciado Don Fernando Montiel en el testamento vltimo, que otorgò en siete de Diziembre del año passado de 1679.

85. Los llamamientos, que en este testamento hizo el dicho Don Fernando son muchos, y el primero es de Doña Catalina Montiel, el segundo es del Capitan Salvador Navarro de la Guardia, y el tercero Juan de Miraval Pimienta, y el quarto Doña Eufrasia Machado, y el quinto el dicho Don Pablo Antonio Pestana: y deste llamamiento del dicho Don Pablo ha llegado el caso, por aver muerto la primera llamada, que fue Doña Catalina Montiel, sin sucession, y aver cedido el Capitan Salvador Navarro, y Juan de Miraval Pimienta en dicho Don Pablo, como inmediato sucessor, el derecho, que tenian por sus llamamientos, y no aver cumplidose las condiciones, con las quales fue llamada la dicha Doña Eufrasia en quarto lugar; con que por lo literal deste testamento es indubitable tocarle la sucession a dicho Don Pablo.

86. Porque el primero testamento cerrado del dicho Don Fernando quedò revocado por el vltimo, que otorgò ipso iure, vt sunt vulgaria iura *in l. Sancimus, Cod. de testam.* ibi: *Ipso iure prius tollitur testamentum.* §. *Posteriori, inst. quib. mod. testam. infirm. l. 1. l. 2. l. si binæ tabulæ, l. cum in secundo. ff. de iniust. rupt. l. pater filio. ff. de hered. inst. l. 8. 21. 22. y 23. tit. 1. par. 6. DD. in cap. cum Marta, de celebr. Miss.* & cum multis el señor Don Juan del Castillo *lib. 4. controv. cap. 37. num. 31.*

87. Quedô tambien el dicho primero testamento reducido a no titulo, sin que pueda obrar efecto alguno en

en favor de la dicha Doña Maria Yañez Pimienta, en fuerça del llamamiento, que en él tiene con prelacion a Don Pablo. *l. nec vllam.* §. *Item, de pet. hered.* Osacus *decis.* 170. *nu.* 12. Menochio *de retin. rem.* 3. *num.* 639. Math. de Afflictis *dec.* 271. el señor Valençuela Velazquez *cons.* 69. *num.* 250.

88. Y esto procede aunque en el segundo testamento no aya clausula revocatoria de los anteriores, porque sin ella quedan revocados. *l. omnium*, vbi communiter DD. *Cod. de testam.* Bald. *in l. fin. quæst.* 5. *Cod. de codicill.* Jass. *cons.* 168. *num.* 22. *lib.* 4. *&* *cons.* 122. *num.* 4. *lib.* 2. Decius *cons.* 475. *in princ.* Rovittus *cons.* 93. *num.* 2. *&* 3. el señor Greg. Lopez *in l.* 103. *tit.* 18. *par.* 3. *Gloss.* 5. Gratiano *tom.* 4. *discept. cap.* 605. *à num.* 1.

89. De lo qual no se necessita en este caso; porque manifestando mas el dicho Don Fernando Montiel la voluntad, que tenia de revocar el testamento cerrado, que avia hecho el año de setenta, no se contentó con la disposicion de derecho, sino que expressamente en el vltimo testamento que otorgò, y debaxo de cuya disposicion falleció, dixo con particular advertencia estas palabras: *Y revoco, y anulo todos, y qualesquiera testamentos, mandas, y codicilos, declaraciones, y otros qualesquier instrumentos, assi cerrados, como abiertos, que antes deste aya fecho para que no valgan, ni hagan fé, en juizio ni fuera dèl; porque no quiero que valgan, salvo este, que aora otorgo ante el presente Escrivano, y testigos, que solo quiero se guarde, y cumpla por mi vltima voluntad.*

90. Con que no puede disputarse la revocacion del dicho primero testamento por este vltimo. Bald. & Angel. *in auth. hoc inter*, *Cod. de testam.* Romanus *cons.* 385. *sub num.* 6. *&* 7. Scipion Rovittus *decis.* 56. & plenius *cons.* 93. *num.* 12. *tom.* 1. ibi: *Hæc autem clara voluntas testatoris, quod secundum prævaleret primo, constat ex clausulis in eod. testamento adiectis, & signanter illa (cassans, irritans, & annullans omnia alia testamenta, codicillos, & omnes vltimas voluntates) hæc enim clausula quia de iure non est necessaria ad revocationem primi testamenti, dum fuit apposita, debet magis operari, & apartè ostendere voluntatem testatoris, quod velit secundum prævalere.*

Y no

91. Y no ſe puede poner en controverſia, que el teſtamento poſterior, aunque nuncupativo, ſiendo perfecto, ſive iure communi, ſive iure ſpeciali, revoca ipſo iure el anterior, aunque mas ſolemne, por averſe otorgado in ſcriptis. *l. 2. de iniuſto rupt. l. hac conſultiſſima. §. Siquis autem, Cod. de teſtam. l. ſi iure. ff. de leg. 3. §. Ex eo, inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* D. Covar. *in rubr. de teſtam. 2. par. num.* 21. Peralta *in l. ſiquis in principio teſtamenti, de leg. 3. num.* 26. 33. 48. & 68. Marta *de ſucceſſ. legal. 2. tom. 4. par. quæſt. 4. art. 5. a num.* 6. Gratiano *tom. 4. diſc. cap. 605. à num. 9. & cap. 659. num.* 1. Matienço *in l. 13. tit. 4. lib. 5. Gloſſ. 1. num. 2.*

92. Y aunque el primero ſe hallàra otorgado ante 100. teſtigos, quedàra revocado, y deſvanecido por el ſegundo, hallandoſe ſolamente con el numero de teſtigos, que el derecho requiere. *l. militis codicillis. §. fin. de teſtam. milit.* Bart. communiter receptus *in l. heredes palam. §. Siquid poſt. de teſtam.* el ſeñor Covarruvias *ubi proxime.* Peralta *ibidem. num.* 53. Matienço *in l. 2. tit. 4. lib. 5. Gloſſ. 9. num. 27. & l. 13. eod. tit. Gloſſ. 1. nu. 1.* Pero en nueſtro caſo no ſe puede reducir eſto a duda, porque el miſmo numero de teſtigos, que tuvo el primero teſtamento, tuvo el ſegundo.

93. Conque innegablemente por eſte vltimo teſtamento le compete a Don Pablo la poſſeſſion de los bienes hereditarios del dicho Don Fernando, como llamado al Vinculo, que el ſuſodicho fundô en eſte vltimo teſtamento, el qual eſtá en publica forma, ſin que aya en él vicio viſible, y tiene todas las ſolemnidades neceſſarias, que denotan la voluntad del dicho Don Fernando *l. fin. Cod. de edict. Div. Adr. toll.* ibi: *Competenti iudici teſtamentum oſtenderit non chancellatum, neque abolitum, neque ex quacumque ſuæ formæ parte vitiatum; ſed quod in prima figura ſine omni vituperatione appareat. L. 2. tit. 14. par. 6.* illic: *Si tal carta fueſſe acabada, è cumplida, aſſi como debe ſer, è non fueſſe rayda, ni cancellada. l. 10. tit. 14. lib. 3. ordinam. l. 3. tit. 13. lib. 4. Recop.*

94. Que contenga eſtas calidades el vltimo teſtamento del dicho Don Fernando, no ſe duda, por no faltarle circunſtancia de las que pide la ley Real. 1. *tit. 2. lib. 5. ordin. l. 3.*

*Taur.*

*Taur.l.1.tit.4.lib. 5. Recop.*D. Gregorius Lopez *in l. 1. verb. Ante ſic te. & l. 6. verſ.En puridad.tit.1. par.6.* D. Covarr. *in cap. cum eſſes. num. 2. de teſtam.*

95. Conociendo el dicho Don Antonio el incontraſtable derecho, que le aſſiſte al dicho Don Pablo por eſte vltimo teſtamento, dize de falſedad dél, fundandoſe vnicamente en la declaracion, que el dicho Don Fernando hizo en doze de Julio de 1675. de que ſe ha hecho mencion en el num. 14. deſte papel, por dezir en ella, que ſi deſpues de ſu muerte ſe hallare otra diſpoſicion en razon de mudar de herederos, ni de bienes, mas de lo que avia ſeñalado en ſu teſtamẽto cerrado,ſe entienda ſer falſo. Y por ſer diverſos los llamamientos deſte vltimo teſtamento, de los que ſe contienen en el cerrado, ſupone ſer la falſedad evidente. Con eſta fantaſma pretende obſcurecer los entendimientos, cegar los ojos, y divertir los oidos, para que ſe confunda la certeza del vltimo teſtamento.

96. Hemos dicho en el *num.*33.que en los actos humanos para ſu validacion,y firmeza han de concurrir poteſtad, forma, y voluntad, y que qualquiera deſtas coſas que falte, facit deficere actus validitatem, *ex l. multum intereſt. 6. Cod.ſiquis alteri,vel ſibi.*

97. Eſtos tres requiſitos concurrieron en la donacion inter vivos, que la dicha Doña Victoria hizo, y por ſu concurrencia probamos ſu validacion; y faltando, como faltan en la aſſerta declaracion, que hizo el dicho Don Fernando, de que vamos tratando, por conſequencia preciſſa es invalida.

98. La primera, que mira a la poteſtad, es principio llano, y conocido detodos, no poder ninguno privarſe de mudar voluntad, diziendo en ſu teſtamento, que aquel quire que valga, y no los que deſpues hiziere. *l. ſiquis in principio. ff. de leg.* 3. ibi: *Nemo enim eam ſibi poteſt legem dicere; vt à priori recedere non liceat. l. 25. tit. 1. par. 6:* ibi: *Ningun ome puede hazer teſtamento tan firme, que no lo pueda mudar deſpues quando quiſiere haſta el dia que muera.* Bald. *in l. Sancimus. num. fin. Cod. de teſtam.* Gutierrez *de iuram.2. par. cap. 1. num. 2.* D. Molina *lib. 4. cap. 2. num.2.* vbi Addentes.

 Bien

99. Bien es verdad, que diſtinguen los Doctores la clauſula derogatoria (cuya virtud ſe pretende de contrario tenga eſta declaracion) en dos maneras, vna que mira a la poteſtad, & alia quæ reſpicit voluntatem. Bart. *in l. ſi mihi, & tibi. §. In legatis, de leg. 1.* D. Covarr. *de teſtam. 2. par. num. 19. verſ. Secundo.* Marta *de ſuceſſ. leg. 4. par. quæſt. 4. art. 8. num. 2.*

100. Ambos generos ſon contra derecho. *l. in fine in princ. ff. de leg. 2. l. ſicut certi, C. de teſtam. milit. l. Divi. §. Licet. ff. de iur. codicill.* ibi: *Licèt in confirmatione codicillorum Paterfam. adiecerit, vt non alios valere velit, quam ſua manu ſignatos, & ſubſcriptos; tamen valent facti ab eo codicilli, licèt nec ab eo ſignati, neque manu eius ſubſcripti fuerint; nam ea, quæ poſtea geruntur, prioribus derogant.*

101. Porque la libre facultad de teſtar es poder inſtituir cada vno el heredero, que quiſiere. *l. pactum, quod dotali. Cod. de pact.* ibi: *Neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferri. l. ſi fratres. §. Idem reſpondit. ff. pro ſocio,* illic: *Vel cognatum vlteriorem proximioribus præfere:* vbi Gloſſa, *verbo. Et ideò habere neceſſe alium inſtituere. l. ſiquis, Cod. qui teſtam. facere poſſunt,* ibi: *Siquis Imperatorem forte heredem inſtituerit, habeat iudicij mutandi facultatem, & quemcumque voluerit ſecundum leges in teſtamento ſuo heredem ſcribendi.*

102. Eſta facultad de teſtar no ſolo es vedado privarſe della in totum, verum etiam reſtringirla, coarctarla, ò en algun modo impedirla. *l. cum duobus 52. aliàs fratres. §. Idem reſpondit. ff. pro ſocio,* ibi: *Et ideò nec libertatem de ſupremis iudicijs conſtringere quis poterit.* Fabro *de error. decad. 37. error. 7. num. 21. & 22.* ibi: *Aut in ſumma quidquam aliud facere, per quod libertas teſtandi cónſtringatur, necdum penitus tollatur.* Et infra: *Quã qui propria cautione ſe conſtrinxit, ne teſtamentum mutare poſſit, niſi hoc vel illud faciendo, cum eveniat plerumque, vt non faciat, quod faciendum eſſet.*

103. Faltò ſimiliter la forma, ò modo en la dicha declaracion; porque ſemejantes declaraciones ſe ſuelen poner por clauſulas en el teſtamento, y no aparte, como eſtà eſta, y aſsi ſe le puede dezir lo que el Cõſulto *en la l. 1. in fine. ff. de Senator.*

*Senator. Quod nec vſquam relatum eſt , nec vſquam receptum.* Y con el Profeta Joël: *Audite hoc, ſenes, & auribus percipite omnes habitatores terræ , ſi factum eſt iſtud in diebus patrum veſtrorum!* Y con Iſaías quando exclamó *in cap. 76. Quis audivit numquam tale, aut quis vidit huic ſimile!* Y fuera dar motivo a innumebles fraudes, ſi ſe admitiera , que perfecto el teſtamento, vna declaracion como eſta , otorgada cinco años deſpues dèl, invalidaſſe el que deſpues hizo el año de 79. y las mas vezes remanecieran tales eſcrituras, y no tendrian ſeguridad las vltimas voluntades , y fuera confundirlas con los pactos , y contratos.

104. Es muy al propoſito la deciſion Rotæ Abenionenſis 81. *num.* 3. ibi : *Tandem omnes Domini fuerunt opinionis , hanc derogationem non potuiſſe impedire futurum teſtamentum , licèt in eo clauſulæ non fieret commemoratio ; ſiquidem iſtæ derogationes ſecundum cõmunes iuris regulas fieri ſolent in teſtamentis, vel codicillis. d. l. ſiquis in principio. l. ſi mihi, & tibi. §. fin. ff. de leg. 2. Iſta autem , cum fuerit concepta coram Notario , & duobus teſtibus , non debuit tollere teſtamentum poſtea ſolemniter factum. l. heredes palam. §. Siquis poſt. de teſtam.*

105. Apuremos mas eſta dificultad , pues la quietud de la Semana Santa, en que ſe eſcrive eſte papel, nos dá lugar a que nos deſembarazemos de otros cuydados.

106. O ſe conſidera eſta declaracion como teſtamento , ò como codicilo , ó como eſcritura de contrato inter vivos.

107. Como teſtamento no es poſſible ; porque no tenia Don Fernando privilegio para morir con dos teſtamentos, *l. quærebatur , de milit. teſtam. l. ſiquis priore. ff. ad Trebell. l. ſi poſthumos* 12. *§. Si paganus. ff. de iniuſto, rupto.*

108. Ni como codicilo; porque la forma no es de tal, nì la intencion de Don Fernando fue hazerlo. *l. non codicillum.* 14. *Cod. de teſtam. l. fin. Cod. de codicillis* , ibi : *Niſi id ille complexus ſit , vt vim etiam codicillorum ſcriptura debeat obtinere.*

109. Y aunque eſta declaracion ſe conſiderara codicilo, no perjudicara ; porque la razon de no valer el ſegundo

teſta-

teſtamento, teniendo el primero clauſula derogatoria, es porque el primero ſe entiende revocar el ſegundo. *l. nihil 17. ff. de adim. leg.* ibi: *Nihil prohibet priorem ſcripturam poſteriorem corrigere, commutare, reſcindere.* Bart. *in d. l. ſi quis in principio, n.* 6. ibi: *Quid ſi iſta verba derogatoria ſunt, appoſita in voluntate minus ſolemni? Reſpondeo verba derogatoria habent vim cuiuſdam ademptionis, vt hic notatur in Gloſſa magna, & ideò ad hoc vt adimatur hereditas, debet fieri in voluntate ſolemni, quia in codicillis dari, vel adimi hereditas non poteſt.* Y eſta declaracion dize, ibi: *Y ſi deſpues de ſu muerte del otorgante ſe hallare otra diſpoſicion, ni inſtrumento en razon de mudar de herederos, ni de bienes, mas de lo que và ſeñalado en dicho teſtamento, ſe entiende ſer falſo.* Y mas abaxo: *Y con todo ſiempre ſe aya de eſtar, y paſſar por el dicho teſtamento, y no por otro inſtrumento.*

110. Para eſto no tiene fuerça el codicilo; pues en èl no ſe puede dar, ni quitar herencia. *§. Codicillis, inſt. de codicill. l. quidam in teſtam. §. 1. de condit. inſtit.* ibi: *Modeſtinus reſpondit, hereditas codicillis, nec adimi poteſt. l. 6. in princ. l. quod per manus 10. l. illud 13. §. Tractari. ff. de iur. codicill. l.* 104. *tit.* 8. *par.* 3. que eſto ha de ſer por otro teſtamento igualmente ſolemne, y perfecto, vt dictum eſt *num.* 86.

111. Y aunque Matienço *en la l.* 2. *tit.* 4. *Gloſſ.* 9. *ex num.* 18. *lib.* 5. *Recop.* quiere ajuſtar; que oy atenta *la l.* 3. de Toro, no procede eſta concluſion, la contraria opinion es la verdadera, como afirman refutandolo el ſeñor Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 18. *cum ſeqq.* Azevedo *in d. l.* 2. *num.* 88. y otros muchos, que refiere, y ſigue Cevallos *Comm. quæſt.* 264. *à num.* 3. Pichardus *in d. §. Codicillis, num.* 12. ibi: *Factum autem teſtamentum, ſi vel ante codicillos, vel poſt codicillos ſit, intrepidè affirmo codicillis (ſi codicilli ſint) hereditatem teſtamento relictam neque adimi, neque minui poſſe.*

112. Hucuſque dicta corren con mas llaneza, ſi entendemos la dicha declaracion, eſcritura de contrato entre vivos (como en la verdad lo es) porque no puede ofender las vltimas voluntades, porque el derecho tiene diſpueſto modo ſolemne, con que dar las herencias; que es el teſtamento;

mento; por lo qual no podrá de otra ſuerte el heredero conſeguir la herencia. *l. hereditas, Cod. de pactis convent.* Optimè inter plurimos Fachineus *lib. 5. controv. cap. 74. verſ. Nullam*, ibi: *Quoniam cum certi ſint modi de iure introducti ſolemniter, nempe teſtamentum, codicillus, donatio mortis cauſa, legatum, fideicommiſſum, & ſimilia, iuris ratio poſtulat, vt non alios nobis propria auctoritate fingamus, cum ſatis multi, ac ſolemnes à iure ſuppeditentur.* Et *in fine cap.* ibi: *Et alij ſunt modi ſolemnes conſtituti, quibus de bonis ſuis quis poſt mortem rectè diſponat, quos ſequi nos oportet, non autem novos, & auctoribus legum innotos.* Por lo qual no ſe puede dexar herencia por donacion, pacto, ò otro contrato inter vivos. *l. ex eo, Cod. de inut. ſtip.* Fachineus *vbi ſup.* Menochius *lib. 1. conſ. 92. num. 7.*

113. Y porque el contrato deſde luego recibe firmeza. *l. perfecta donatio, Cod. de donat. quæ ſub mod.* y ſe quitaria Don Fernando la libre facultad de teſtar, como eſtà propado *ſup. num. 98.*

114. A eſte principio ſe añade otro de que ſe diera herencia del que vive contra la *l. qui ſuperſtis. 94. leg. neminem. ff. de acq. hered.* Æneus Robertus *rer. iud. cap. 6. verſ. Pro Titio.*

115. Licèt enim contractus in teſtamento fiat ex Gloſſa communiter recepta *in l. heredes palam. ff. de teſtam.* Oſuald. ad Donell. *lib. 6. cap. 8. in fine.* Eſto no ſe ha de entender en materia de la herencia, porque tocante a ella qualquiera promeſſa, pacto de futura ſucceſſione, de inſtituendo herede, & quibuſcumque alijs, ora ſea teſtamanto ò otro genero de diſpoſicion, es reprobado. *l. pactum quod dotalij, Cod. de pact.* el ſeñor Don Juan del Caſtillo *lib. 3. controv. cap. 9.*

116. Con eſtos advertimientos ſe ha hecho demonſtracion evidente de la nulidad de la dicha declaracion, pues carece de modo, y forma conveniente.

117. El tercer requiſito, que es la voluntad, tampoco huvo en dicha declaracion; porque Don Fernando Montiel era ignorante de las reſoluciones del derecho, con que por eſta cauſa lo ſeria de la fuerça, que tendria eſta eſcritura;

ra ; y assi mal pudo querer perfectamente lo que no entendia, como dize el Philosofo: *Nihil volitum quin præcognitum.* Et *Rhector. cap.* 10. ibi : *Is dicitur volens facere, qui prudens sciens quod facit.* Et 3. *Ethic. Voluntarium est, cuius principium est in ipso sciente.* Lo qual prueba Menochius *de præsumpt. præs.* 166. *num.* 32. Burato *cons.* 47. *num.* 17. Simon de Pretis *de interp. vlt. vol. lib.* 4. *interp.* 3. *num.* 91. *& pulchrè sub num.* 60.

118. Y no sabiendo lo que hazia debió consultar Letrados. *l. in bonorum. ff. de bon. possess.* Et in specie Decius *in l. pactum quod dotali. Cod. de pact.* Buratus *in l. fin. eod.* Cravetta *cons.* 139. Silvano *cons.* 90. *num.* 9. ibi: *Quod volentes facere similia pacta, adeant sapientes.* Y se puede referir lo que el Consulto *en la l. Codicillis, aliàs Scæuola* 87. §. *Lucius. ff. de leg.* 2. ibi : *Lucius Titius hoc meum testamentum fecit sine vllo Iurisperito.*

119. A estas reglas, y razon legal discurridas, es consiguiente, que (caso negado) que dicho Don Fernando huviesse tenido la voluntad, que manifiesta en la dicha su declaracion, por averla mudado en su vltimo testamento viene a faltar, como si nunca la huviera avido. Optimè ad rem textus *in l. si ita adscriptum* 14. *de leg.* 1. ibi: *Nam quod ademptum est, nec datum videri secundum Celsi, & Marcelli sententiam, quæ vera est.* Con que mal se arguye de contrario la falsedad del dicho segundo testamento, no siendo de entidad alguna la dicha declaracion, y no aviendo, como no ay ninguna prueba general, ni particular, ni conjetural de la asserta falsedad, y por esta falta en las instancias del Ordinario de Canaria, no se dixo nada contra el dicho segundo testamento, con que se le puede dezir : *Nec enim debebant t am magnam rem tandiu reticere.* como dize el Jurisconsuto Vlpiano *en la l. 6. ff. de pæn.*

120. Resta ajustar, vt penitus nihil intactum relinquamus, vtrum por la clausula revocatoria del vltimo testamento, ibi : *Y revoco, y anulo todos, y qualesquera testamentos, mandas, y codicilos, declaraciones, y otros qualesquiera instrumentos, assi cerrados, como abiertos, que antes deste aya fecho, para que no valgan, ni hagan fé en juizio, ni fuera dél ; porque*

*no*

*no quiero que valgan , ſalvo eſte que aora otorgo ante el preſente Eſcrivano , y teſtigos , que ſolo quiero ſe guarde, y cumpla por mi vltima voluntad* , eſté revocada la revocatoria , que contiene la dicha declaracion?

121. A que ſe puede dezir de contrario, que no , porque es neceſſario , que ſe hiziera en el vltimo teſtamento eſpecial mecion della. *d. l. ſiquis in prin. ff. de leg.* 3. ibi: *Sed hoc ita locum habebit , ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſibi pænituiſſe.l.22.tit.1.par.6.*ibi: *La otra es,quando el teſtador dize aſſi: Eſte mio teſtamento,que aora fago,quiero que vala para ſiẽpre,è non quiero que vala otro teſtamento que fueſſe fallado , que huvieſſe fecho antes, nin deſpues. Ca ſi lacaeſcieſſe , que eſte atal mudaſſe ſu voluntad, è ficieſſe otro teſtamento , no quebrantaria por ende el otro ante fecho,fueras ende,ſi el teſtador dixieſſe en el poſtrimero teſtamento ſeñaladamente que revoca el otro.*

122. Eſta revocatoria dizen los Doctores , que ſe puede hazer en tres maneras , *Generaliter* , *Specialiter* , *& Individualiter.* Bart. *in l. ſiquis in principio. ff. de leg.*3. *num.* 10. Pablo de Caſtro *conſ.* 234. Corneo *conſ.* 86. *num.* 3. *lib.* 3. Socinus *in l. ſi mihi , & tibi* 12. §. *In legatis , num.* 5. *&* 6. *de leg.*1. Y ſi no nos engañamos,juzgamos que en dicha clauſula revocatoria ay los tres generos de que ſe puede formar. *Generaliter ;* porque dize el dicho Don Fernando en dicho ſu teſtamento: *Y revoco , y anulo todos , y qualeſquiera teſtamentos.*Specialiter; porque proſigue, *aſſi cerrados , como abiertos, que antes de aora aya hecho , para que no valgan.* Individualiter *; porque no quiero que valgan,ſalvo eſte , que aora otorgo ante el preſente Eſcrivano , que ſolo quiero ſe guarde , y cumpla por mi vltima voluntad.*

123. Y en eſtos miſmos terminos dizen los Autores, que aviendo ſemejantes clauſulas en el ſegundo teſtamento, ſe entiende revocado el primero, ſin embargo que en el ſegundo no aya clauſula eſpecial derogatoria de la revocatoria del primero, vt ex Baldo,Socino,Pariſio,Riminaldo , & alijs dicit Martha *de ſuceſſ.* 4. *par. quæſt.* 4. *art.* 7. *num.* 15. ibi: *Idem ſi teſtator dixit: Et hoc teſtamentum omnibus alijs prævalere volo ; tunc enim non eſt neceſſaria mentio clauſulæ derogatoriæ in primo teſtamento appoſitæ.*Menochius *de præſumpt.*

*præſ.*

*præſ. 166.lib.4.n.47.* ibi: *Quando in ſecundo teſtamento adiecta eſt hæc clauſula, Caſum, & irritum decernens quodcumque aliud teſtamentũ a me conditũ, hoc nõ obſtante, hoc teſtamentũ, volo omnino valere; hæc enim clauſula idem operatur, quod clauſula expreſſa ſpecialis derogatoria.* Et idem *num.* 50. ibi: *Quando in ſecundo teſtamento appoſita eſt hæc clauſula, volo iſtud teſtamentum penitus valere, non obſtante alio teſtamento quoquomodo, vel quovis modo per me facto.*

124. D. Covarruvias *de teſtam.in 2. par. rubr. num.* 19. ibi: *Primum teſtamentum habens quæcumque verba derogatoria, etiam admodum ſpecialia, per ſecundum tollitur, nulla prioris voluntatis neque ſpeciali, neque generali mentione facta.* Y por eſte vltimo teſtamento bien ſe reconoce el arrepentimiento, que tuvo dicho Don Fernando; pues dize, que lo que en él diſpuſo fue ſu voluntad, y la de ſu hermana.

125. Falta por ſatisfacer a la *l. 22. tit. 1. par. 6.* por la qual ſe requiere, que para que por el primero teſtamento con clauſula derogatoria, quede revocado el ſegundo, es meneſter, que en eſte ſe haga ſaltim generalis mentio prædictæ clauſulæ, ibi: *Que revocaba el otro, y que no tuvieſſe daño aquel teſtamento, que aora facia, las palabras que dixera en el primero*

126. La dicha *l.* 22. eſtá derogada por la *l.* 25. del miſmo titulo, por la qual de ninguna ſuerte ſe requiere, que en el ſegundo teſtamẽto ſe haga mencion del primero, aunque fueſſe otorgado con qualeſquiera firmezas, ibi: *La voluntad del ome es de tal manera, que ſe muda en muchas maneras, è por ende ningun ome non puede hazer teſtamento tan firme, que lo no pueda deſpues mudar, quando quiſiere, haſta el dia que muera, ſolamente que ſea en ſu memoria quando lo camiare, é que faga otro acabadamente.* Y aſſi ſiendo aqueſta ley poſterior, queda por ella derogada, y alterada la 22. *l. non eſt novum. ff. de legibus.*

127. Mayormente quando en la vltima ſe vſa de palabras generales, como lo haze la dicha *l.* 25. que diſpone, que por fuerte que ſea el primero teſtamento, quede alterado por el ſegundo, porque entonces es mas ſin duda lo ſuſodicho, aunque la ley anterior tenga clauſula derogatoria de

las

las posteriores, vt tradunt DD. *in l. humana, Cod. de legib.* & *præcipue* Baldus *n.* 4. Paulus de Castro *n.* 5. Fulgosius *n.* 4.

128. Corroborase mas, que no solo la dicha *l.* 22. está derogada por la 25. sino que a esta derogacion se añade otro fundamento para apoyo de la justicia principal deste punto, de que no sea necessario en el vltimo testamento hazer mencion de la clausula derogatoria del primero (con que tambien se desvanece la *l. siquis in principio*) porque teniendose, como se tiene, por ley lo que el testador dispone en su testamento, vt *in auth. de nupt.* §. *Disponat,* & *in princ. inst. ad leg. falcid.* ibi: *Vtiquisque legassit suæ rei, ita ius esto;* de la misma suerte que por la ley posterior queda la anterior revocada, aunque tenga clausula derogatoria, como queda fundado, debe proceder lo mismo en los testamentos, porque de la disposicion de la ley á la del testador, & è contra, validum est argumentum. *l. non impossibile. ff. de pactis. l. servus hac lege. ff. de manum.*

129. In terminis resolvunt Baldus, & cæteri DD. sup. citati, & Dinus *cap. quod semel de reg. iur. in 6. num.* 10. ibi: *Præterea ita se habet testamentum posterius ad prius, sicut lex posterior ad priorem; quia voluntas testatoris lex est; vt in auth. de nupt.* §. *Disponat, sed lex posterior ita se habet, quod tollit priorem licèt sub generalibus verbis concipatur; sicut si conciperetur specialibus ll. præallegatæ l. 2. de quadrienn. præ,* & *dicta l. omnes de præscriptione* 30. *vel.* 40. *annor. ergo ita etiam tollit testamentum primum.*

130. Quando lo que se ha dicho no bastára, y fuera mas cierta la opinion contraria, de que era necessario revocacion especial de la clausula derogatoria del primer testamento; esto solo se debe entender quando al vltimo testamento precedieron muchos primero con la dicha revocacion general; pero no quando fue solo vno, porque entonces como la dicha generalidad no se puede entender sino solamente dèl, es lo mismo que si individual, y especialmente se revocasse. *l. fundus, qui locatus. ff. de fund. l. Quintus.* §. 1. vbi Bart. *ff. de aur.* & *in l. qui Romæ.* §. *Duos fratres, quæst* 6. *ad fin. ff. de verb. oblig.* Socino Iunior. *cons.* 136. *num.* 18. Menochius *cons.* 71. *num.* 23. *lib.* 1.

131. Fontanella *decis.* 194. *num.* 18. *in fine* , *&* *num.* 19. ibi: *Et in dicto casu , cum verba generalia , & universalia non possunt nisi in certo casu verificari , tunc dispositio habetur pro speciali ac si pro illo casu particulari , & pro provisione speciali illius , & non ad aliud facta fuisset.*

132. Cassanate cum multis *cons.* 34. *num.* 28. ibi: *Quod si verba quantumvis generalia non possint verificari nisi in vna specie, censetur dispositio esse specialis , & expressa.* Et *in cons.* 57. *num.* 23. ibi: *Quia dispositio generalis, quæ non potest comprehendere nisi vnam speciem, in qua solum verificari potest, ad illam solum refertur , quasi specialiter , & in individuo expressa fuisset.*

133. Añadese , aunque sin necessidad , despues de lo discurrido la decision de la *l.* 2.*de lib.* & *posth.* y de la *l.* 3. *tit.* 7. *par.* 6. por la qual , aunque para que el padre pueda desheredar a su hijo , se requiere que lo haga nombrandolo por su nombre , y apellido , ó por otra cierta señal por donde se venga en conocimiento dél, ibi : *Ciertamente nombrandolo por su nombre,ò por sobrenombre, ô por otra señal cierta, debe el testador desheredar a qualquiera de los que desciendẽ del.* Empero en caso de no tener mas que vn hijo , entonces no es necessario el que haga la dicha mencion especial , como expressamente lo dize la misma ley , ibi : *Pero manera ya en que desheredaria el testador algunos de los quedescendiessen dèl no nombrandòle por su nombre. Esto seria como si el testador huviesse vn fijo tan solamẽte,è dixesse deshered o mio fijo.*

134. En estos mismos terminos siguen aquesta opinion, y la revelven sin controversia alguna Bartolus *in cons.* 21. *num.* 1. & 2. ibi : *Sed pone , quod nullum aliud testamentum præcederet , nisi prædictum , in quo apparent verba derogatoria , & tunc videtur ipsum designare , vt in l.* 2. *ff. de lib. & posth. & sic concluditur , quod prioris voluntatis specialiter pænituit ; & secundum testamentum valet , & primum est sublatum.* Guido Papa *decis.* 69. & *cons.* 65. *y* 125. *post num.* 3. *vers.* Et *hanc vltimam ait , quod ita determinant omnes Doctores.* Et Tiraquellus *in tract. de legibus connub. Gloss.* 5. *n.* 129. & 150. dize que esta es la opinion comun , y lo mismo dize Peralta *in d. l. siquis in principio.ff.de leg.*3.*n.*222.

No

135. No aviendo, pues, precedido mas que vn teſtamento al vltimo que ſe otorgò, ni hecho mas que vna declaracion Don Fernando en que dió a entender, que queria que valieſſe el primer teſtamento, diziendo en el vltimo, que revocaba los teſtamentos cerrados, y declaraciones, que huvieſſe hecho; aunque fuera neceſſaria ſpecial mencion de la derogatoria, ò bien del dicho teſtamento cerrado, ó bien de la declaracion, ſegun lo que queda aſſentado, lo eſtuviera con la revocacion general del vltimo teſtamento.

136. Todas eſtas verdades aſſi aſſentadas, no dexan duda a la materia, ni ſe puede formar de que eſta clauſula revocatoria, que tiene el vltimo teſtamento appoſita eſt ex ſtylo tabellionum. A que ſe reſponde, por ſi acaſo ſe moviere eſta duda, que todo lo que ſe halla eſcrito en el teſtamento, ô enunciado por el Eſcrivano, ſe preſume averſe pueſto de voluntad del diſponente. Cardinalis Thuſcus *lit. Cod. conc.* 700. *nu.* 32. Alexander de Nevo *conſ.* 77. *n.* 7.

137. Y con aver dicho D. Fernando oído, y entendido la dicha clauſula, como es fuerça que lo hizieſſe para otorgar ſu ſegundo teſtamento, quedàra comprobada aun quando no ſe huviera otorgado por èl, como admirablemente lo dize Corneo *conſ.* 36. *nu.* 6. *vol.* 3. ibi: *Quia ſatis eſt, quod Notarius eam appoſuerit, & teſtator eam confirmavit, cum per hanc viam appareat de eius voluntate, maximè quia iura confidunt de Notario, ad hæc, quæ habentur in l. iubemus, Cod. de teſtam.*

138. Pero a la verdad hallandoſe gravado en ſu conciencia Don Fernando, de que no era la voluntad de Doña Victoria ſu hermana la que avia expreſſado en el teſtamento cerrado, ni la ſuya, eſtando proximo a ſu muerte, para deſcargo de ſu conciencia declarò ſu vltima, y deliberada voluntad, y lo que ſu hermana en la verdad le avia comunicado, y para que ceſſaſſen los pleytos, que ſe podian ocaſionar expreſſô en el vltimo teſtamento con deliberado acuerdo, y maduro juizio, las palabras revocatorias, que contiene: y aſſi ſe debe governar la ſuceſſion de los bienes del dicho D. Fernando por la ley, que diò en dicho vltimo

vltimo teſtamento, y a eſto mirò lo que dixo Optato Milevitano *lib. 5. Sed quomodo terrenus pater, cum ſe in confinio ſenſerit mortis, timens nè poſt mortem ſuam, rupta pace, litigent fratres, adhibitis teſtibus, voluntatem ſuam de pectore morituro transfert in tabulas duraturus. Et ſi fuerit inter fratres contentio nata, non itur ad tumulum; ſed quæritur teſtamentum, & qui in tumulo quieſcit, tacitus de tabulis loquitur.* Con eſtos fundamentos, y con la juſta confiança, que eſta certeza infunde, quedamos eſperando, que la determinacion de eſte pleyto ſea muy conforme a la pretenſion de Don Pablo Antonio de Montiel, ſus hijos, y deſcendientes: ſic confidimus ſalva T. S. D. C. cui hæc libentiſſime cedimus. Hiſpali die 13. Aprilis anni 1686.

*Licenciado Don Juan de Molina Lugo de la Guerra.*